

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG
Catedrático de Derecho penal
de la Universidad Complutense de Madrid

ESTUDIOS SOBRE EL DELITO DE OMISIÓN

Prólogo de
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI
Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires

Segunda edición

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

2013

Julio César Faira - Editor

Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 41

Dirigida por: Gonzalo D. Fernández, catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

Coordinada por: Gustavo Eduardo Aboso, profesor de Derecho Penal, Parte general, en las Universidades de Buenos Aires y de Belgrano, República Argentina.

I.S.B.N.: 978-9974-708-17-4

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483

e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar

www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (00598) 2916-5238

e-mail: bdef@netgate.com.uy

www.editorialbdef.com

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.

Encuadrado por: *Encuadernación Latino América* - Tel.: 4222-8040

Impreso en España en el mes de octubre de 2013 por:

Elece Industria Gráfica, S.L.

Pol. Industrial El Nogal, C/Rio Tietar, 24-26

28110 Algete (Madrid)

ÍNDICE

PRÓLOGO de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.....	XV
--	----

Capítulo I SOBRE LOS CONCEPTOS DE OMISIÓN Y DE COMPORTAMIENTO

1. El concepto de omisión	1
2. El concepto de comportamiento	8
3. Conclusiones	23
4. Posiciones discrepantes	26
1. <i>La supuesta imposibilidad de construir un supraconcepto común a acción y omisión: Radbruch</i>	26
2. <i>La supuesta necesidad de que tenga carácter normativo el supraconcepto común a acción y omisión: la teoría social de la acción ..</i>	35
5. Consideraciones finales.....	44

Capítulo II CAUSALIDAD, OMISIÓN E IMPRUDENCIA

I. Introducción: delitos de lesión y delitos de peligro ..	47
II. La relación de causalidad en el delito de acción.	49
A. <i>La teoría de la condición</i>	49
B. <i>La fórmula de la conditio sine qua non</i>	49
C. <i>El significado actual de la causalidad en la teoría del delito</i>	51

X

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

III. La distinción entre el delito de acción y el de omisión	54
<i>A. El criterio de la aplicación de energía</i>	54
<i>B. Comportamientos estrictamente omisivos</i>	55
<i>C. Comportamientos con aspectos activos y omisivos</i>	57
<i>D. Resumen</i>	73
IV. El delito imprudente de comisión por omisión ...	74
<i>A. La "relación de causalidad" en la comisión por omisión en general</i>	74
<i>B. La causalidad en el delito imprudente de acción</i>	79
<i>C. Balance provisional</i>	87
<i>D. Los requisitos de la comisión por omisión imprudente</i>	90
V. Algunas consideraciones sobre la comisión por omisión en general	112
<i>A. La reducción de la comisión por omisión a los supuestos de vigilancia de un foco de peligro preexistente</i>	112
<i>B. La comisión por omisión como constancia de que un foco de peligro desestabilizado ha causado el resultado</i>	114
<i>C. La sustitución de la fórmula de que la acción omitida hubiera evitado el resultado por la de que hubiera disminuido el riesgo de lesión</i>	114
<i>D. El delito doloso de comisión por omisión</i>	116

Capítulo III

LA OMISIÓN IMPROPIA EN LA DOGMÁTICA
PENAL ALEMANA. UNA EXPOSICIÓN

I. Introducción	123
II. La acción y la omisión como formas de delinquir .	126
III. La distinción entre delitos impropios y delitos propios de omisión	128
IV. La posición de garante como supuesto criterio diferenciador entre la omisión impropia y la propia	130

ÍNDICE

XI

V. Las fuentes tradicionales de la posición de garante: la ley, el contrato y el hacer precedente.....	132
A. <i>La ley y el contrato como fuentes de la posición de garante</i>	132
B. <i>La injerencia (= hacer precedente)</i>	141
IV. La aplicación de las fuentes de la posición de garante.....	153
A. <i>Introducción</i>	153
B. <i>La ampliación de las posiciones de garantía dentro del ámbito familiar</i>	154
C. <i>La sustitución (expansiva) de la posición de garante derivada de contrato por el criterio de la “asunción fáctica”</i>	156
VII. Ulteriores posiciones de garante que se han ido añadiendo a las tradicionales de la ley, el contrato y el hacer precedente.....	159
A. <i>La estrecha relación vital</i>	159
B. <i>La comunidad de vivienda</i>	166
C. <i>La comunidad de peligro</i>	168
D. <i>El dominio de la cosa (Sachherrschaft)</i>	169
E. <i>Los deberes (de aseguramiento) del tráfico (Verkehrssicherungspflichten, Verkehrspflichten)</i>	174
F. <i>La responsabilidad por el producto: el caso “Lederspray” (espray para el cuerpo)</i>	179
G. <i>La responsabilidad en comisión por omisión por resultados típicos originados por delitos cometidos por terceras personas o por accidentes</i>	217
VIII. Epílogo	250
Bibliografía	252

Capítulo IV

EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA

I.....	269
II.....	271

XII

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

III.....	272
IV.....	280
V.....	285
VI.....	289
VII.....	299
VIII.....	301
IX.....	305

Capítulo V

OMISIÓN IMPROPIA E INCREMENTO DEL RIESGO
EN EL DERECHO PENAL DE EMPRESA

I.....	309
II.....	313
III.....	318
IV.....	326

Capítulo VI

LA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS PROPIOS (PUROS)
Y DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN
(O DE COMISIÓN POR OMISIÓN)

A. Introducción	331
B. La omisión impropia estaría en contradicción con una norma prohibitiva, mientras que la propia infringiría una norma de mandato	333
1. <i>Exposición de esta doctrina</i>	333
2. <i>Crítica</i>	334
C. La omisión impropia se correspondería con el delito comisivo de resultado, mientras que la propia lo haría con el de actividad	338
1. <i>Exposición de esta doctrina</i>	338
2. <i>Crítica</i>	339
D. Analogías y diferencias entre la omisión impropia y la propia	342
1. <i>Introducción</i>	342

ÍNDICE

XIII

2. La disminución de la probabilidad, si se hubiera ejecutado la acción omitida, como sustrato ontológico común a las omisiones propias e impropias.	344
3. Los dos rasgos diferenciadores entre la omisión propia y la omisión impropia.....	346
E. Formas de manifestarse las omisiones propias e impropias	354
1. Una ulterior categoría de omisión impropia: las omisiones impropias de lesión previstas expresamente por la ley.....	354
2. Catálogo resumido de las distintas formas de manifestación de los delitos omisivos.....	355
F. Criterios de clasificación para distinguir a las omisiones impropias de las propias	358
1. El criterio de la equiparación no escrita de la omisión con el delito de acción para distinguir a las omisiones impropias de las propias.....	358
2. El criterio de la imputación al garante de un resultado, como definitorio de la omisión impropia, independientemente de si dicha imputación ha sido o no prevista expresamente por la ley.....	361
3. Toma de posición	362
Bibliografía	365

Capítulo VII

LA CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN IMPROPIA Y LA LLAMADA “OMISIÓN POR COMISIÓN”

I. Introducción	373
II. La relación de (cuasi)causalidad en el delito de omisión impropia.....	374
A. El entendimiento de la causalidad en la omisión como una relación causal mecánica en los autores del siglo XIX.....	374

XIV

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

<i>B. El estado actual de la cuestión</i>	375
III. La llamada omisión por comisión	425
<i>A. Evitación por el propio sujeto, mediante una conducta activa, del auxilio al que estaba obligado</i>	428
<i>B. Ruptura de cursos causales salvadores ajenos</i>	439
<i>C. La "omissio libera in causa"</i>	464
<i>D. Desconexión de instrumentos médicos que mantienen con vida a un enfermo.....</i>	475
Bibliografía	484